



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2013

Die Zielrichtung von Kartellsanktionen

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-85048>

Book Section

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2013). Die Zielrichtung von Kartellsanktionen. In: Kuhn, André; et al. Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive: Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag. Bern: Stämpfli, 861-878.

Die Zielrichtung von Kartellsanktionen

ANDREAS HEINEMANN

Inhaltsverzeichnis

Die Zielrichtung von Kartellsanktionen	1
Einleitung	1
I. Ausgestaltung der Kartellsanktionen im geltenden Recht	2
1. Ausgangspunkt	2
2. Der Einfluss der Justizgrundrechte.....	2
3. Bestandesaufnahme	3
4. Problemstellung	5
II. Die Adressaten direkter Sanktionen.....	6
1. Unternehmen	6
a) Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff	6
b) Zurechnungsfragen	7
c) Bedeutung von Compliance-Programmen	7
2. Konzerne	10
a) Praxis des europäischen Kartellrechts.....	11
b) Praxis des schweizerischen Kartellrechts.....	13
c) Diskussion.....	13
d) Adressaten.....	15
3. Unternehmensvereinigungen.....	16
4. Individuen.....	16
III. Schlussbemerkungen.....	17

Einleitung

Die grundlegende Bedeutung des Kartellrechts für das marktwirtschaftliche Ordnungssystem ist heute allgemein anerkannt. Der Konsens erstreckt sich auch auf die Notwendigkeit von Durchsetzungsmechanismen. Heftig umstritten ist aber die Frage der näheren Ausgestaltung. Das Augenmerk dieses Beitrags liegt auf der öffentlich-rechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts und hier der Frage, wer der Adressat von Kartellsanktionen sein soll. MARTIN KILLIAS hat das Potential des Kartellstrafrechts untersucht und eine Kombination von Strafsanktionen und günstigen situativen Veränderungen ange-

maht.¹ Ihm sei dieser Beitrag gewidmet. Der Verfasser hatte das Privileg, dem Laureaten an seinen beiden Wirkungsstätten in Lausanne und in Zürich kollegial verbunden zu sein und also ganz aus der Nähe seine Fähigkeit zur Überwindung fachlicher und sprachlicher Grenzen zu erleben.

I. Ausgestaltung der Kartellsanktionen im geltenden Recht

1. Ausgangspunkt

Die gesetzlichen Grundkategorien sind klar: Das dritte Kapitel des Kartellgesetzes sieht zivilrechtliche Sanktionen für KG-Verstösse vor, z.B. Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche, das vierte Kapitel beschäftigt sich mit dem verwaltungsrechtlichen Verfahren, insbesondere den Institutionen, dem Verfahrensgang und den Verwaltungssanktionen, während das fünfte Kapitel die Strafsanktionen enthält.² *Private* und *Public Enforcement* sind deutlich voneinander getrennt, was bereits in der Zuständigkeit der Zivilgerichte einerseits, der Wettbewerbskommission und des Bundesverwaltungsgerichts andererseits zum Ausdruck kommt. Der Unterschied zwischen Verwaltungs- und Strafrecht ist demgegenüber weniger ausgeprägt. Jedenfalls verschwimmen bei näherer Betrachtung die Grenzen. Ursprünglich wurde auf den Normadressaten abgestellt, was heute noch der gesetzlichen Systematik entspricht: Als strafrechtlich wurden die Sanktionen gegen natürliche Personen qualifiziert, während die Unternehmen verwaltungsrechtlichen Verfahren unterstellt wurden.

2. Der Einfluss der Justizgrundrechte

Mit der Einführung der Unternehmensstrafbarkeit im Jahr 2003 verloren die Kategorien der natürlichen und der juristischen Person an strafrechtlicher Relevanz. Auch Unternehmen können gem. Art. 102 StGB bestraft werden. Von noch grösserer Bedeutung ist der Einfluss des grundrechtlichen Strafrechtsbegriffs geworden: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in Bezug auf Art. 6 Abs. 1 EMRK (Begriff der "strafrechtlichen Anklage") die *Engel*-Kriterien entwickelt: Die Qualifikation einer Sanktion als strafrechtlich hängt nicht nur davon ab, ob das nationale Recht die betreffende Vorschrift strafrechtlich einordnet, sondern auch von der Natur des Verstosses sowie der Natur und der Schwere der Sanktion.³

¹ S. seinen Vortrag zum Thema "Sind Strafsanktionen für Manager wirksam?" auf der Tagung "Strafsanktionen für Manager im Kartellrecht?" des Europa Instituts an der Universität Zürich (EIZ) am 13. März 2012.

² Vgl. die Überschriften des 3., 4. und 5. Kapitels des Kartellgesetzes (KG, SR 251).

³ EGMR, 8.6.1976, Rechtssache 5100/71 u.a. – *Engel and others v. The Netherlands*.

Diese Kriterien sind alternativ zu verstehen, was nicht ausschliesst, dass sie kumulativ herangezogen werden, wenn die Prüfung einzelner Kriterien nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt.⁴

Es entspricht heute allgemeiner Meinung, dass die kartellrechtlichen Geldbussen, die zwei- und dreistellige Millionenhöhen (in der EU gar die Milliardenhöhe⁵) erklommen haben, als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren sind.⁶ Es wurde diskutiert, welche Konsequenzen aus diesem Befund für die institutionelle Ausgestaltung der Kartellrechtsanwendung zu ziehen sind. Zwingt die strafrechtliche Qualifizierung der Kartellsanktionen dazu, die Bussgeldkompetenz den Kartellbehörden wegzunehmen und den Gerichten zu übertragen?⁷ Die höchsten Gerichte in der Schweiz und in Europa haben mittlerweile entschieden, dass die kartellbehördliche Bussgeldkompetenz mit Art. 6 Abs. 1 EMRK (bzw. den parallelen Vorschriften in anderen Rechtsordnungen) vereinbar ist.⁸ In Ländern, in denen die öffentlich-rechtliche Durchsetzung des Kartellrechts ganz im Vordergrund steht, sollte im Interesse der Effektivität der Wettbewerbspolitik die Bussgeldzuständigkeit bei den Kartellbehörden verbleiben.⁹

3. Bestandesaufnahme

Für unseren Zusammenhang steht aber ein anderer Gesichtspunkt im Vordergrund: Die Klarheit der gesetzlichen Sanktionskategorien schwindet bei näherer Betrachtung. Schon nach geltendem Kartellrecht existiert mehr Strafrecht als auf den ersten Blick erkennbar ist:

⁴ EGMR, 23.11.2006, Rechtssache 73053/01 – *Jussila v. Finland*, Tz. 31.

⁵ S. Europäische Kommission, 13.5.2009, Rs. COMP/C-3/37.990 – *Intel*, ABl. C 227/13: Die Geldbusse wegen Verletzung von Art. 102 AEUV wurde auf 1,06 Milliarden Euro festgesetzt. Ein Rechtsmittel zum Gericht ist unter der Rechtssachennummer T-286/09 anhängig.

⁶ BVGer, 24.2.2010 – *Terminierungspreise im Mobilfunk*, RPW 2010/2, 242 (265); EGMR, 27.9.2011, Rechtssache 43509/08 – *Menarini*, Tz. 39-44.

⁷ Verneinend beispielsweise Heinemann Andreas, *The Setting of Fines – Efficiency and Due Process*, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), *Current Developments in European and International Competition Law*, 17th St. Gallen International Competition Law Forum – ICF 2010, Vol. 12, Basel 2011, S. 139 (145 ff.); Wils Wouter, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR*, 33 *World Competition* 5 (2010). Der gegensätzliche Standpunkt wird beispielsweise eingenommen von: Hirsbrunner Simon/Werner Jens, *Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?*, in: *Jusletter* 20. September 2010; Wildhaber Luzius, *EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen*, in: *Jusletter* 4. Juli 2011.

⁸ EGMR, 27.9.2011, Rechtssache 43509/08 – *Menarini*; EuGH, 8.12.2011, C-386/10 P – *Chalkor* und C-389/10 P – *KME Germany u.a.* (noch nicht in der amtlichen Sammlung); EFTA-Gerichtshof, 18.4.2012, E-15/10 – *Posten Norge*; BGer, 29.6.2012, Rechtssache 2C_484/2010 – *Publigroupe* (noch nicht veröffentlicht).

⁹ Zur Situation in der Schweiz s. beispielsweise Martenet Vincent/Heinemann Andreas, *Schweizer Kartellrecht im Umbruch* (erscheint demnächst in *EuZW*) mit Nachweis der Gegenmeinung.

- Natürliche Personen machen sich strafbar (in Form einer Übertretung, Art. 333 Abs. 3, 103 ff. StGB), wenn sie vorsätzlich einer einvernehmlichen Regelung, einer rechtskräftigen Verfügung oder einem Entscheid der Rechtsmittelinstanzen zuwiderhandeln (Art. 54 KG). Hierher gehört auch die dritte Alternative in Art. 55 KG, nämlich die Zuwiderhandlung gegen Verfügungen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen.¹⁰ Diese Tatbestände lassen sich als *Ungehorsamkeitsstrafrecht* bezeichnen, da die Strafbarkeit daran geknüpft wird, dass behördlichen oder gerichtlichen Verfügungen nicht nachgekommen wird. Einen anderen Aspekt bringt der Begriff der *indirekten Sanktionen* zum Ausdruck: Der erste Verstoss gegen materielles Kartellrecht ist sanktionsfrei. Strafbarkeit tritt erst dann ein, wenn die Kartellbehörde das Verhalten entdeckt, aufgegriffen und untersagt hat, der Täter sich aber hiervon unbeeindruckt zeigt.
- Die Ermittlungskompetenzen der Kartellbehörde werden dadurch gestärkt, dass in Art. 55 KG die Verletzung von Auskunftsverfügungen strafrechtlich sanktioniert wird. Dasselbe gilt für Verstösse gegen das Erfordernis präventiver Fusionskontrolle. Gem. Art. 57 Abs. 1 KG gilt für die Verfolgung und die Beurteilung von strafbaren Handlungen nach Art. 54 und 55 KG das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht.¹¹
- Von den im Abschnitt über "Verwaltungssanktionen" aufgeführten Sanktionen sind – nach den oben gemachten Ausführungen – wegen ihrer potentiellen Höhe zumindest die in Art. 49a, 50 und 51 Abs. 2 KG genannten Belastungen als "strafrechtlich" zu qualifizieren. Art. 49a KG enthält die gegen Unternehmen gerichteten "direkten" Sanktionen, die also bereits wegen Verletzung der materiellrechtlichen Tatbestände und nicht erst wegen des Ungehorsams gegenüber Verfügungen verhängt werden. Art. 50 KG enthält Ungehorsamkeitstatbestände, die sich von Art. 54 (und teilweise 55) KG in der Belastungshöhe und vor allem dadurch unterscheiden, dass das Unternehmen und nicht die natürliche Person sanktioniert wird.¹² Entsprechendes gilt für die Missachtung der präventiven Fusionskontrolle nach Art. 51 KG und für Verstösse gegen die Auskunftspflicht und die Pflicht zur Vorlage von Urkunden nach Art. 52 KG.

¹⁰ Kritisch zu der Entscheidung des Gesetzgebers, Ungehorsam in Bezug auf fusionskontrollrechtliche Verfügungen milder zu bestrafen (nämlich mit Busse bis zu 20.000 CHF) als Ungehorsam im Bereich der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (Busse bis zu 100.000 CHF) s. BSK KG – Riedo Christof/Niggli Marcel Alexander, Art. 55 KG Rn. 6.

¹¹ VStrR, SR 313.0.

¹² Es ist aber zu berücksichtigen, dass im Fall des Einzelunternehmers der Unternehmensträger eine natürliche Person ist, s. BSK KG – Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof, Vor Art. 49a-53 KG Rn. 17. Zu den Konsequenzen, die sich unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes *ne bis in idem* bei der Einführung von strafrechtlichen Individualsanktionen für diesen speziellen Fall ergeben würden, s. Heine Günter/Roth Robert, Kartellrechtsrevision 2010: Rechtsgutachten zu Fragen der Sanktionierung natürlicher Personen und Unternehmen, Bern 2011, S. 78 ff.

- Im Einzelfall mögen Kartelltaten Tatbestände des Kernstrafrechts erfüllen, wie z.B. Betrug (Art. 146 StGB).¹³ Das StGB enthält aber keine speziellen Kartelltatbestände. Anders verhält es sich z.B. in Deutschland und in Österreich, wo der Submissionsbetrug in das Strafgesetzbuch aufgenommen wurde.¹⁴

4. Problemstellung

Aus der Übersicht wird Folgendes deutlich: Auch wenn die Sanktionen nach der Systematik des Kartellgesetzes teilweise verwaltungsrechtlich, teilweise (verwaltungs-)strafrechtlich ausgestaltet sind, sind sie aus der Perspektive der Justizgrundrechte weitgehend strafrechtlich zu qualifizieren. Von grösserer praktischer Tragweite als die juristische Qualifikation erscheint die Zielrichtung dieser Sanktionen. Bei der Durchsicht des Tableau fällt auf, dass indirekte Sanktionen umfassend zur Verfügung stehen, direkte Sanktionen sich hingegen nur gegen Unternehmen richten. In Wissenschaft, Praxis und Gesetzgebung wird intensiv die Frage diskutiert, ob es hierbei sein Bewenden haben sollte, oder ob die verantwortlichen Individuen ebenfalls zur Rechenschaft gezogen werden sollten, und zwar nicht nur für Ungehorsam, sondern für den Verstoss gegen materielles Kartellrecht selbst. Die Meinungen hierzu sind geteilt, wie sich an der (modifizierten) Annahme der Motion Schweiger durch das Parlament einerseits¹⁵ und der Empfehlung zur Abschreibung der Motion durch den Bundesrat andererseits¹⁶ veranschaulichen lässt.¹⁷

Das Anliegen dieses Beitrags besteht darin, die Suche nach den richtigen Adressaten kartellrechtlicher Verhaltensanforderungen in einen grösseren Zusammenhang zu stellen: Wem sollte die defizitäre Einstellung zum Kartellrecht vorgeworfen werden? Wer ist genau das "Unternehmen", das in Art. 49a KG für Verstösse gegen Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG sanktioniert werden soll? Wer ist verantwortlich, wenn ein Unternehmen im Konzernverbund gehandelt hat? Wie verhält es sich bei kartellrechtsrelevantem Verhalten von Unternehmensvereinigungen? Es stellt sich also allgemein die Frage nach der richtigen Zielrichtung der Sanktionen im Kartellrecht. Die Untersuchung

¹³ Die Lehre ist allerdings zurückhaltend, s. die Nachweise bei Baudenbacher Carl, Institutionelles Setting, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Strukturberichterstattung Nr. 44/3, Bern 2009, S. 123 f.

¹⁴ S. § 298 des deutschen und § 168b des österreichischen Strafgesetzbuchs.

¹⁵ Motion 07.3856 – Ausgewogeneres und wirksames Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht, abrufbar unter www.parlament.ch/d/suche/Seiten/curia-vista.aspx.

¹⁶ Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motion Schweiger (07.3856): Ausgewogeneres und wirksames Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht, BBl. 2012, 1835.

¹⁷ S. auch den Überblick über die zahlreichen Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren in SECO, Bericht über die Ergebnisse des zweiten Vernehmlassungsverfahrens vom 30. März 2011, verfügbar unter www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2008/KG_2011_03_30_de.pdf.

soll vom geltenden Recht ausgehen, um dann die wichtigsten rechtspolitischen Fragen zu diskutieren.

II. Die Adressaten direkter Sanktionen

Im Zusammenhang mit Wirtschaftskriminalität hat MARTIN KILLIAS auf den Mangel an Faktenwissen hingewiesen.¹⁸ Auch in Bezug auf das Kartellrecht gilt sein Befund, dass das empirische Material keine Aussage darüber erlaubt, ob Unternehmen häufiger als Konsumenten die (unmittelbaren) Opfer von Kartelldelikten werden. Auf der Täterseite besteht aber die Besonderheit, dass sich die direkten Sanktionen des Art. 49a Abs. 1 KG nur gegen Unternehmen richten, was den einfachen Grund hat, dass nur Unternehmen, nicht aber Konsumenten gegen die materiellrechtlichen Kartelltatbestände verstossen können.¹⁹ Dennoch sind zahlreiche Fragen zu klären, nämlich durch wen überhaupt die Verantwortlichkeit des Unternehmens ausgelöst wird, wie es sich im Konzern und in Unternehmensvereinigungen verhält, und schliesslich, ob auch Mitarbeiter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden sollten.

1. Unternehmen

a) Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff

Der kartellrechtliche Begriff des "Unternehmens" muss nicht selbständig entwickelt werden, da das Gesetz bereits den Versuch einer Definition unternimmt. Nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG "gelten" als "Unternehmen [...] sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform", wobei Art. 2 Abs. 1 KG klarstellt, dass sowohl Unternehmen des privaten als auch Unternehmen des öffentlichen Rechts vom kartellrechtlichen Unternehmensbegriff erfasst sind. Die Definition in Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, die in Reaktion auf den SMA-Entscheid des Bundesgerichts²⁰ in das Gesetz eingefügt wurde, soll zum Ausdruck bringen, dass die Unternehmenseigenschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit voraussetzt. Die wirtschaftlich selbständige Teilnahme am Wirtschaftsprozess ist notwendiges und hinreichendes Kriterium zugleich.²¹

¹⁸ Killias Martin/Isenring Giang Ly, A Survey on Business Crime in Switzerland – On the Difficulties of Field Research, in Sethe Rolf u.a. (Hrsg.), Kommunikation – Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 903 (904).

¹⁹ Zu den ungeklärten Fragen der Teilnahme an unternehmensbezogenen Kartelltaten s. BSK KG – Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof, Vor Art. 49a-53 KG Rn. 172 ff.

²⁰ BGE 127 II 32.

²¹ Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG bringt dies leider nicht zum Ausdruck: Auch die Tätigkeit von Konsumenten lässt sich unter den Wortlaut der Definition subsumieren, da sie

b) Zurechnungsfragen

Der Unternehmensbegriff ist also funktional und damit weit: Auf die selbständige wirtschaftliche Tätigkeit kommt es an. Nicht geklärt werden hierdurch Zurechnungsfragen. Organisationen handeln nicht als solche, sondern werden (letztlich) durch natürliche Personen tätig. Es herrscht keine Einigkeit über die Voraussetzungen, unter denen das Verhalten natürlicher Personen dem Unternehmen zuzurechnen ist. Jedenfalls sollte das Verhalten von Organen und Mitarbeitern dem Unternehmen zugerechnet werden.²² Im schweizerischen Kartellrecht ist es nicht erforderlich, dass die handelnden Individuen identifiziert werden, wenn nur der Nachweis geführt werden kann, dass Organe oder Mitarbeiter des betreffenden Unternehmens gehandelt haben.²³ Dies entspricht der Rechtslage im europäischen Kartellrecht²⁴ und unterscheidet sich von der Grundkonzeption des deutschen Kartellrechts.²⁵

c) Bedeutung von Compliance-Programmen

Ein Überschreiten der rechtlichen Grenzen zerschneidet das Band der Zurechnung nicht, da Kartellrechtsverstöße im Unternehmen nicht rechtmässig sein können. Kontrovers wird die Frage diskutiert, ob der Verstoß gegen Anweisungen von Vorgesetzten die Zurechenbarkeit des weisungswidrigen Verhaltens entfallen lässt. Diese Frage ist auch für den Stellenwert von Compliance-Programmen relevant, die ja darauf zielen, die

"Nachfrager [...] von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess" sind. Die Vorschrift muss also teleologisch reduziert werden, um ihr Regelungsziel, nämlich den Ausschluss von Konsumenten und Arbeitnehmern aus dem Unternehmensbegriff zu erreichen.

²² BSK KG – Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof, Vor Art. 49a-53 KG Rn. 20; ablehnend zur Zurechnung des Verhaltens von Personen, die ausserhalb des Unternehmens stehen (z.B. von Beauftragten) BSK KG – Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof, Vor Art. 49a-53 KG Rn. 21 ff. Das europäische Kartellrecht kennt eine solche Zurechnung des Verhaltens von Beauftragten, s. Dannecker Gerhard/Biermann Jörg, in Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 127 mwN; Köhler, Helmut, EU-Kartellgeldbussen gegen Mutter- und Tochtergesellschaft: Gesamtschuldnerische Haftung und Ausgleich im Innenverhältnis, WRP 2011, 277 (281).

²³ Tagmann Christoph, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007, S. 71.

²⁴ Dannecker Gerhard/Biermann Jörg, in Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 126 mwN.

²⁵ Nach § 9 des deutschen Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) kann nur das Verhalten bestimmter Personen in Führungs- oder Aufsichtspositionen sanktioniert werden. Nur für deren Verhalten kann wiederum nach § 30 OWiG das Unternehmen zur Verantwortung gezogen werden. Dies führt zur Notwendigkeit, in einem aufwendigen Verfahren die internen Abläufe individuell abzuklären, s. Bundeskartellamt, Kartellbussgeldverfahren zwischen deutschem Systemdenken und europäischer Konvergenz, Bonn 2012, S. 5. Das Bundeskartellamt regt eine (partielle) Angleichung an das Europäische Recht an, *ibid.*, S. 29.

Mitarbeiter von Kartellrechtsverstössen abzuhalten. Teilweise wird aus dem Schuldprinzip abgeleitet, dass eine Sanktionierung nicht statthaft ist, wenn ein Unternehmen alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat (beispielsweise durch ein Compliance-Programm *de lege artis*²⁶), um Kartellverstösse durch die Mitarbeiter zu verhindern.²⁷

Der Lehre vom Organisationsverschulden steht die Ansicht von der direkten Zurechnung von Mitarbeiterverhalten gegenüber. Das US-amerikanische Recht mit seiner *respondeat superior*-Doktrin neigt in diese Richtung. Die europäische Praxis rechnet ebenfalls weisungswidriges Mitarbeiterverhalten auch ohne Organisationsverschulden zu.²⁸ Auch in der Schweiz folgen Praxis und grosse Teile der Lehre diesem Ansatz.²⁹ Dem liegt die Auffassung zugrunde, dass es mit dem Schuldprinzip vereinbar ist, das Verschulden von Mitarbeitern ohne Berücksichtigung eines Organisationsverschuldens dem Verband zuzuordnen.³⁰ Günter Heine und Robert Roth haben in ihrem Gutachten zur Kartellrechtsrevision gezeigt, dass Besonderheiten des Kartellrechts "Absenkungen der 'schuldstrafrechtlichen' Anforderungen" rechtfertigen.³¹ Sie vertreten die Auffassung, "dass ein **Gleichlauf** der Haftungsgrundlagen für Unternehmen nach StGB und Kartellrecht als **nicht zwingend** erscheint"³² und eine Analogie zu Art. 102 StGB³³ nicht rechtlich zwingend geboten sei, da im Kartellrecht der Schwerpunkt der Verantwortlichkeit nicht auf dem Organisationsversagen, sondern auf dem

²⁶ Zu der Frage, welche Anforderungen an ein Compliance-Programm zu stellen sind, s. beispielsweise Kellerhals Andreas, Compliance im Wettbewerbsrecht, in Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 535 ff.; Weber Rolf H., Verantwortlichkeit der Unternehmensorgane für regulatorische Interventionen, in: Weber Rolf H./Isler Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, S. 115 (126 ff.).

²⁷ Lang Christoph G., Die Sanktionierung von unzulässigem Wettbewerbsverhalten nach dem neuen Kartellrecht, in: Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2007, 113 (120); BSK KG – Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof, Vor Art. 49a-53 KG Rn. 144; Hofstetter Karl/Ludescher Melanie, Fines Against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for 'Best Practice Compliance', 33 World Competition 55, 63 ff. (2010); die direkte Zurechnung von Organverschulden ist aber unstrittig, *ibid.*, S. 63.

²⁸ Dannecker Gerhard/Biermann Jörg, in Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 129. S. auch Köhler (oben Fn. 22): "Eine Exkulpation des Unternehmens ist ausgeschlossen".

²⁹ S. z.B. BSK KG-Tagmann Christoph/Zirlick, Beat Art. 49a KG Rn. 10: Neben Organisationsmängeln kann das Verhalten von Organen und Mitarbeitern dem Unternehmen direkt zugerechnet werden.

³⁰ Zum Konzept der Unternehmensschuld bzw. des Verbandsverschuldens s. Dannecker Gerhard/Biermann Jörg, in Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 182-183.

³¹ Heine/Roth (oben Fn. 12), S. 12, s. auch S. 15.

³² *Ibid.*, S. 14 (Hervorhebungen im Original).

³³ Vgl. BSK KG – Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof, Vor Art. 49a-53 KG Rn. 20, 132, 183.

Kartellverstoss liege, was dessen Einstufung als bloße Ahndungsbedingung wie bei Art. 102 StGB verbiete.³⁴ Einer unzulässigen Strapazierung der einschlägigen Zurechnungsgrundsätze sei durch eine stärkere Individualisierung entgegenzuwirken. Im Ergebnis solle die Vorwerfbarkeit mit unerlaubter kollektiver Risikoschaffung durch das Unternehmen in Verbindung gebracht werden.³⁵

Ein Verzicht auf das Erfordernis des Organisationsverschuldens erscheint überzeugend:³⁶ Ein Wegfall der Sanktionierung bei angemessener Compliance würde den direkten Sanktionen ihre Abschreckungswirkung nehmen. Ausreichende Motivation für die Einrichtung seriöser Complianceprogramme wird auch durch die Aussicht auf eine Sanktionsreduktion geschaffen. Sanktionsfreiheit hätte demgegenüber unter anderem zur Konsequenz, dass die Anreize zur Inanspruchnahme der Bonusregelung sinken. Der hohe Stellenwert des Kronzeugenprivilegs ist aber vom Gesetzgeber durch Aufnahme einer ausdrücklichen Regelung in das Kartellgesetz (Art. 49a Abs. 2 KG) unterstrichen worden.

In rechtsvergleichender Hinsicht ist hervorzuheben, dass schon die Möglichkeit der Bussenherabsetzung sehr weit geht: In der Praxis des europäischen Kartellrechts werden Compliance-Programme nicht als mildernder Umstand im Rahmen der Bussgeldbemessung akzeptiert.³⁷ Ein Indiz dafür, dass rechtsstaatliche Prinzipien nicht den Wegfall der Verbandssanktionen bei ordnungsgemäßer Compliance erfordern, ist der Umgang des Parlaments mit der Motion Schweiger.³⁸ Die Annahme der Motion durch den Nationalrat (bestätigt durch den Ständerat) erfolgte mit der Modifikation, dass ein gehöriges Compliance-Programm nicht zum Sanktionswegfall, sondern lediglich zur Reduktion der Sanktion führen solle. Unabhängig davon, welchen Ausgang die KG-Revision nehmen wird, zeigt dieser Vorgang, dass die positive Würdigung der Compliance-Anstrengungen in den Unternehmen nicht zu einer Verabsolutierung der Lehre vom Organisationsverschulden zwingt.

Bei der Ausgestaltung des Sanktionsregimes ist auf das Gebot hinreichender Effektivität der Kartellrechtsdurchsetzung Rücksicht zu nehmen. Hieraus folgt auch, dass der Nachweis der Complianceanstrengungen, so wie in der

³⁴ Heine/Roth (oben Fn. 12), S. 14 f.

³⁵ *Ibid.*, S. 15 f.

³⁶ S. auch die Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905 (3931): "Der Nachweis eines Organisationsverschuldens ist weiterhin keine Voraussetzung dafür, dass ein Unternehmen nach Artikel 49a KG für einen KG-Verstoss sanktioniert werden kann".

³⁷ Kritisch Dannecker Gerhard/Biermann Jörg, in Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 2, 5. Aufl., München 2012, Art. 23 VO 1/2003 Rn. 217 mit zahlreichen Nachweisen. *Ibid.*, Rn. 201, finden sich auch Nachweise zu der Tendenz der Europäischen Kommission, die Verletzung von Compliance-Programmen als erschwerenden Umstand heranzuziehen.

³⁸ S.o. Fn. 15.

Botschaft vorgeschlagen,³⁹ vom betroffenen Unternehmen zu führen ist, da die betreffenden Umstände in der Sphäre des Unternehmens liegen und von diesem sehr viel leichter darzulegen sind als es einer Behörde oder einem Gericht möglich wäre.⁴⁰ Die Entscheidung darüber, ob das Compliance-Programm den hoch zu veranschlagenden Voraussetzungen für eine Sanktionsreduktion genügt, liegt bei den Wettbewerbsbehörden und Gerichten. Es versteht sich von selbst, dass das Complianceprogramm nicht blosses Lippenbekenntnis sein darf, sondern die Unternehmenskultur prägen muss. Unter anderem hat das Unternehmen die verantwortlichen Individuen zu identifizieren, Schadenersatzansprüche gegen sie geltend zu machen und von Kündigungsrechten Gebrauch zu machen.⁴¹

Eine weitere Bedingung folgt aus einem Zusammenhang, auf den MARTIN KILLIAS konsequent hingewiesen hat: Situationen bestimmen das Verhalten. Strafsanktionen sind folglich dann besonders wirksam, wenn die Gelegenheiten zur Tat substantiell verringert werden.⁴² Im Zusammenhang mit dem Kartellstrafrecht ist dieses Ziel dadurch zu erreichen, dass die Unternehmenskultur entsprechend geändert wird.⁴³ Zielvorgaben dürfen nicht so formuliert sein, dass die Mitarbeiter sie nur durch Wettbewerbsverstösse erreichen können oder hierzu durch die Zielvorgaben zumindest verleitet werden.⁴⁴ Die Prävention von Wettbewerbsverstössen ist also auch durch situative Veränderungen zu stärken.

2. Konzerne

Es existiert kein einheitlicher Unternehmensbegriff im Schweizer Recht.⁴⁵ Je nach Zusammenhang ist er eigenständig zu bestimmen. Häufig wird selbst in der Rechtssprache der Begriff des Unternehmens, also der wirtschaftlichen Organisation (Rechtsobjekt), nicht deutlich vom Begriff des Unternehmens-trägers, also der natürlichen oder juristischen Person, dem das Unternehmen

³⁹ S. Art. 49a Abs. 2 S. 3 KG in der Fassung der Botschaft v. 22.2.2012 (oben Fn. 36).

⁴⁰ Zur Vereinbarkeit einer sachgemässen Verlagerung der Beweislast mit der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 EMRK s. beispielsweise EGMR, 7.10.1988, Rechtssache 10519/83 – *Salabiaku v. France*, Tz. 28 (in Bezug auf Vermutungen zu Lasten des Angeklagten im Strafrecht).

⁴¹ Botschaft (oben Fn. 36), S. 3959 mit Ausführungen zu weiteren Anforderungen an berücksichtigungsfähige Complianceprogramme. S. hierzu auch bereits die Nachweise oben Fn. 26.

⁴² Killias Martin/Kuhn André/Aebi Marcelo F., *Grundriss der Kriminologie – Eine europäische Perspektive*, 2. Aufl., Bern 2011, Rn. 701 ff.; Rainer Silvie/Fäh Luzia/Killias Martin, *Feier Wille oder Zwang?*, SZK 2007, 3 (7). Am Ende seines Zürcher Vortrags zum Kartellstrafrecht (oben Fn. 1) hat Martin Killias die Frage gestellt, ob es in Bezug auf Kartelltatens situative Veränderungen gibt, die man präventiv nutzen könnte.

⁴³ Vgl. Banks Theodore L., *Antitrust Compliance – It's All About the Culture*, Competition Policy International Antitrust Chronicle, February 2012 (1), 1 ff.

⁴⁴ S. in diesem Sinn auch die Botschaft (oben Fn. 36), S. 3959.

⁴⁵ BSK KG – Lehne Jens, Art. 2 KG Rn. 7.

zugeordnet ist (Rechtssubjekt), unterschieden. Im Kartellrecht gilt nach der Legaldefinition in Art. 2 Abs. 1^{bis} KG der funktionale Unternehmensbegriff.⁴⁶ In der kartellrechtlichen Praxis wird hieraus abgeleitet, dass im Kartellrecht der Konzern als Ganzes das "Unternehmen" ist.⁴⁷ Dies hat einerseits zur Konsequenz, dass Abreden zwischen Unternehmen, die demselben Konzern angehören, den Wettbewerb in der Regel nicht beschränken können (Konzernprivileg).⁴⁸ Andererseits können Kartellrechtsverstösse durch Konzernunternehmen die Verantwortlichkeit des Gesamtkonzerns auslösen.

a) Praxis des europäischen Kartellrechts

Im europäischen Kartellrecht existiert eine ständige Praxis zum Problem der kartellbussgeldrechtlichen Konzernhaftung,⁴⁹ die der Europäische Gerichtshof im *Akzo Nobel*-Entscheid zusammengefasst hat.⁵⁰ Danach kann "einer Muttergesellschaft das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft insbesondere dann zugerechnet werden, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt [...], und zwar vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen, die die beiden Rechtssubjekte verbinden".⁵¹ Für die Annahme wirtschaftlicher Einheit in diesem Sinn müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Die Muttergesellschaft muss einerseits die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochtergesellschaft auszuüben.⁵² Und sie muss andererseits von dieser Möglichkeit auch tatsächlichen Gebrauch machen. Nach der *Stora*-Vermutung wird widerleglich angenommen, dass ein tatsächlicher Einfluss ausgeübt wird, wenn die Muttergesellschaft 100 % des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft hält.⁵³ Ansonsten ist der bestimmende Einfluss auf der Grundlage zahlreicher

⁴⁶ S. bereits oben II 1.

⁴⁷ BSK KG – Lehne Jens, Art. 2 KG Rn. 27. Zum Konzernbegriff, insbesondere zum Unterschied zwischen Leitungs- und Kontrollprinzip s. von Büren Roland/Stoffel Walter A./Weber Rolf H., Grundriss des Aktienrechts. 3. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2011, Rn. 1565 ff.

⁴⁸ Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 256.

⁴⁹ S. beispielsweise den Überblick bei Skoczylas Anna-Antonina, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern im schweizerischen und europäischen Recht, Bern 2011, S. 51 ff.

⁵⁰ EuGH, 10.9.2009, Rs. C-97/08 P – *Akzo Nobel u.a.*, Slg. 2009, I-8237. In diesem Sinn bereits EuGH, 14.7.1972, Rs. 48/69 – *ICI/Kommission*, Slg. 1972, 619 (665).

⁵¹ EuGH – *Akzo Nobel* (oben Fn. 50), Tz. 58.

⁵² Das kann auch bei einer Minderheitsbeteiligung der Fall sein, wenn nämlich andere Rechte hinzutreten, die über diejenigen eines Minderheitsaktionärs hinausgehen, s. EuG, 12.7.2011, Rs. T-132/07 – *Fuji Electric/Kommission*, Tz. 183 (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

⁵³ EuGH, 16.11.2000, Rs. C-286/98 P – *Stora Kopparbergs Bergslas/Kommission*, Slg. 2000, I-9925, Tz. 29. In diesem Sinn bereits EuGH, 25.10.1983, Rs. 107/82 – *AEG/Kommission*, Slg. 1983, 3151, Tz. 50. Der Anwendungsbereich der Vermutung wurde auf Fälle ausgedehnt, in denen die Beteiligung unter 100 % liegt, aber nahezu das gesamte Kapital der Tochtergesellschaft ausmacht, s. z.B. EuGH, 3.5.2012, Rs. C-289/11 P – *Legris*

Kriterien festzustellen.⁵⁴ Die Gerichte überprüfen eingehend, ob die Europäische Kommission die Existenz eines bestimmenden Einflusses nachgewiesen hat.⁵⁵ Besteht in diesem Sinn wirtschaftliche Einheit, haftet auch das Mutterunternehmen.⁵⁶ Nach der jüngeren Praxis der Unionsorgane muss sich der (vermutete) Einfluss nicht speziell auf die Preis- oder Geschäftspolitik der Tochtergesellschaft beziehen, sondern wird als generelle Beeinflussung der Strategie der Tochtergesellschaft verstanden.⁵⁷

Es ist besonders hervorzuheben, dass die Haftung im Konzern auf dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff, also der wirtschaftlichen Einheit beruht, die mehrere (natürliche und) juristische Personen umfassen kann, und nicht etwa darauf, dass die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft zur Tat angestiftet hat oder sich auf andere Weise hieran unmittelbar beteiligt hat.⁵⁸

Eine praktisch wichtige Konsequenz besteht darin, dass für die Bussgeldberechnung nicht lediglich der Umsatz der für den Wettbewerbsverstoss unmittelbar verantwortlichen Tochtergesellschaft, sondern der gesamte Konzernumsatz herangezogen wird.⁵⁹

Es stellen sich zahlreiche Einzelfragen. So hat der Europäische Gerichtshof beispielsweise entschieden, dass eine Holdinggesellschaft für eine konzernangehörige Tochtergesellschaft auch dann haftet, wenn eine andere Gesellschaft dazwischen geschaltet ist. Die Haftung setzt voraus, dass sowohl die Tochtergesellschaft im Verhältnis zur Zwischengesellschaft als auch die Zwischengesellschaft im Verhältnis zur Holdinggesellschaft das eigene Marktverhalten nicht autonom bestimmt.⁶⁰ Wirtschaftliche Einheit kann auch im

Industries/Kommission, Tz. 48 (noch nicht in der amtlichen Sammlung). Zur Vereinbarkeit von Vermutungen mit der Unschuldsvermutung s. oben Fn. 40.

⁵⁴ Vgl. EuG, 6.3.2012, Rs. T-64/06 – *FLS Plast/Kommission*, Tz. 31 (noch nicht in der amtlichen Sammlung): "In order to assess whether a subsidiary decides independently upon its own conduct on the market, it is not appropriate merely to take account of the fact that the parent company influences pricing policy, production and distribution activities, sales objectives, gross margins, sales costs, cash flow, stocks and marketing. Account must also be taken of all the relevant factors relating to the economic, organisational and legal links between the subsidiary and the parent company, which may vary from case to case and cannot, therefore, be exhaustively listed". S. auch EuG, 2.2.2012, Rs. T-77/08 – *Dow Chemical/Kommission*, Tz. 77 (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

⁵⁵ S. z.B. *ibid.*, Tz. 36-46.

⁵⁶ Die Haftung der Muttergesellschaft setzt die Verantwortlichkeit der Tochtergesellschaft voraus. Wird der Bussgeldbescheid gegen die Tochter ganz oder teilweise aufgehoben, entfällt insoweit die Haftung der Mutter, vgl. EuG, 24.3.2011, Rs. T-382/06 – *Tomkins/Kommission*, Tz. 38-46 (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

⁵⁷ S. die Nachweise bei Skoczylas (oben Fn. 49), S. 55.

⁵⁸ EuGH, 20.1.2011, Rs. C-90/09 P – *General Química u.a./Kommission*, Slg. 2011, I-1, Tz. 102. Solche Handlungen sind in die Gesamtwürdigung wirtschaftlicher Einheit einzubringen.

⁵⁹ Vgl. EuG, 12.10.2011, Rs. T-38/05 – *Agroexpansión/Kommission* (noch nicht in der amtlichen Sammlung), Tz. 110.

⁶⁰ EuGH – *General Química* (oben Fn. 58), Tz. 86-89.

Verhältnis eines Joint Venture zu den Müttern bestehen.⁶¹ Die Abwesenheit eines rechtlichen Unterordnungsverhältnisses steht der Gruppenverantwortlichkeit einer Konzerngesellschaft nicht entgegen, wenn die anderen Gesellschaften der Gruppe ihr Verhalten auf dem Markt nicht selbständig bestimmen.⁶² Ausschlaggebend ist also nicht die rechtliche Struktur einer Gruppe; entscheidend sind vielmehr die tatsächlichen Verhältnisse. Daraus folgt auch, dass keine Verantwortlichkeit besteht, wenn eine Beteiligung rein finanzieller Natur ist.⁶³

b) Praxis des schweizerischen Kartellrechts

Die Praxis des Schweizer Kartellrechts lehnt sich an diese Grundsätze an.⁶⁴ Dies liegt schon deshalb nahe, weil – wie oben ausgeführt – im schweizerischen Kartellrecht wie im europäischen Kartellrecht der funktionale Unternehmensbegriff gilt. So hat das Bundesverwaltungsgericht im *Publigroupe*-Entscheid ausgeführt, dass "der Konzern als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet" wird, "sofern die Muttergesellschaft ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten".⁶⁵ Wie in der EU ist also nicht nur die Möglichkeit zur Kontrolle, sondern auch die tatsächliche Kontrollausübung erforderlich. Vermutungen wurden in diesem Zusammenhang noch nicht entwickelt, könnten aber im Zuge steigender Fallpraxis folgen. Kein Konzern liegt vor, wenn keine einheitliche Leitung besteht, z.B. wenn Beteiligungen ausschliesslich als Investition gehalten werden.⁶⁶

c) Diskussion

An der Praxis zur kartellrechtlichen Konzernhaftung ist Kritik geübt worden. Es liege ein Verstoß gegen Grundsätze des Konzernrechts vor, und das Schuldprinzip werde verletzt. Ausserdem sei es in der Praxis nahezu unmög-

⁶¹ EuG, 27.9.2006, T-314/01 – *Avebe/Kommission*, Slg. 2006, II-3085, Tz. 141. Die wirtschaftliche Einheit wird durch die operationelle Selbständigkeit eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nicht ausgeschlossen, da entscheidender strategischer Einfluss bestehen kann, EuG – *Dow Chemical/Kommission* (oben Fn. 54), Tz. 93.

⁶² EuGH, 1.7.2010, Rs. C-407/08 P – *Knauf Gips/Kommission*, Slg. 2010, I-6375, Tz. 106-109. Gegenbeispiel (nämlich kein ausreichender Nachweis des Fehlens wirtschaftlicher Eigenständigkeit im Verhältnis zweier Schwestergesellschaften zueinander) in EuGH, 2.10.2003, Rs. C-196/99 P – *Aristrain/Kommission*, Slg. 2003, I-11005, Tz. 91 ff.

⁶³ Vgl. EuG, 27.10.2010, Rs. T-24/05 – *Alliance One International u.a./Kommission*, Slg. 2010, II-5329, Tz. 143.

⁶⁴ S. die Nachweise bei Skoczylas (oben Fn. 49), S. 30 Fn. 128, S. 107 ff.

⁶⁵ BVGer, 27.4.2010 – *Publigroupe*, RPW 2010/2, 329 (336); Entscheid bestätigt durch BGer, 29.6.2012, Rechtssache 2C_484/2010 – *Publigroupe* (noch nicht veröffentlicht).

⁶⁶ Vgl. BVGer – *Publigroupe* (oben Fn. 65), 336.

lich, die *Stora*-Vermutung zu widerlegen.⁶⁷ Dieser Kritik kann nicht zugestimmt werden.⁶⁸ Der für das Gesellschafts- und Konzernrecht entwickelte Grundsatz der Trennung zwischen verschiedenen (natürlichen oder juristischen) Personen determiniert nicht den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff und die strafrechtliche Verantwortlichkeit. Im Kartellrecht ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anerkannt. Ein Verstoß gegen das Schuldprinzip liegt nicht vor, wenn man von der Verantwortlichkeit der wirtschaftlichen Einheit ausgeht und die Verabsolutierung des Organisationsverschuldens ablehnt.⁶⁹ Die Annahme einer konzernrechtlichen Gesamtverantwortlichkeit ist im Interesse einer effektiven Kartellrechtsdurchsetzung geboten. Zu stark wären sonst die Anreize, kartellgeneigte Tätigkeiten in Tochtergesellschaften zu verlagern, um das Bussenrisiko zu minimieren.

Was die Widerlegbarkeit der *Stora*-Vermutung betrifft, so hat der Gerichtshof zu Recht darauf verwiesen, dass die Widerlegung zwar schwierig sein mag, hieraus aber nicht geschlossen werden könne, dass die Vermutung faktisch nicht widerlegbar wäre. Die Muttergesellschaft sei am besten dazu in der Lage, das einschlägige Tatsachenmaterial vorzulegen, da es sich in ihrem Bereich befinde.⁷⁰ Der Gerichtshof stellt hohe Anforderungen an die Begründungspflicht der Europäischen Kommission. Wird die Verantwortlichkeit bestimmter Adressaten ausschliesslich auf die *Stora*-Vermutung gestützt, muss die Kommission substantiiert begründen, warum die Widerlegung der Vermutung nicht gelungen ist.⁷¹ Die Rechtsprechung legt also besonderes

⁶⁷ S. z.B. Hofstetter/Ludescher (oben Fn. 27), 70 ff.; Kling Michael, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen, WRP 2010, 506; Schwarze Jürgen/Bechtold Rainer/Bosch Wolfgang, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, Stuttgart 2008, S. 48 ff.; Thomas Stefan, Der Schutz des Wettbewerbs in Europa – welcher Zweck heiligt die Mittel?, JZ 2011, 485 (491 ff.).

⁶⁸ In diesem Sinn auch Ackermann Thomas, Prävention als Paradigma: Zur Verteidigung eines effektiven kartellrechtlichen Sanktionssystems, ZWeR 2010, 329 (343 ff.); Bourke James, Parental Liability for Cartel Infringements, GCP: The Antitrust Chronicle, November 2009 (Release 1); Kersting Christian, Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern, Der Konzern 2011, 445; Köhler (oben Fn. 22).

⁶⁹ Zum Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit der zuwiderhandelnden wirtschaftlichen Einheit s. EuGH – *Akzo Nobel* (oben Fn. 50), Tz. 77; zum Stellenwert von Compliance-Programmen s. bereits oben II 1 c.

⁷⁰ EuGH, 29.9.2011, Rs. C-521/09 P – *Elf Aquitaine/Kommission*, Tz. 70 (noch nicht in der amtlichen Sammlung); EuGH, 3.5.2012, Rs. C-289/11 P – *Legrís Industries/Kommission*, Tz. 53 (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

⁷¹ EuGH – *Elf Aquitaine* (oben Fn. 70), Tz. 153; der Gerichtshof stellte im konkreten Verfahren einen Begründungsmangel fest und hob die Verhängung einer Geldbusse gegen die Muttergesellschaft auf. Aus vergleichbaren Gründen wurden Bussgelder gegen Muttergesellschaften in den folgenden Verfahren aufgehoben: EuGH – *General Química* (oben Fn. 58), s. insbesondere Tz. 59-62, 75-80; EuG, 16.6.2011, Verb. Rs. T-208/08 und T-209/08 – *Gosselin Group und Stichting Administratiekantoor Portielje*, Tz. 51 ff. (noch nicht in der amtlichen Sammlung); EuG, 15.9.2011, Rs. T-234/07 – *Koninklijke Grolsch/Kommission* (noch nicht in der amtlichen Sammlung), s. insbesondere Tz. 77-91.

Augenmerk darauf, dass die Vermutung der tatsächlichen Einflussnahme widerlegbar ist und bleibt.⁷²

d) Adressaten

Schliesslich sei auf eine weitere Besonderheit in Bezug auf die richtigen kartellrechtlichen Adressaten hingewiesen. Wir haben gesehen, dass in Konzernsachverhalten unter bestimmten Voraussetzungen der Konzern das "Unternehmen" im Sinne des Kartellrechts ist. Da der Konzern aber eine Gesamtheit von (natürlichen und) juristischen Personen ist, wird durch den materiellrechtlichen Unternehmensbegriff nicht geklärt, welche rechtliche Einheit in die Pflicht zu nehmen ist. Die Terminologie ist uneinheitlich. Teilweise wird zwischen Normadressat (Konzern) und Sanktionsadressat (Konzerngesellschaften, d.h. rechtlichen Einheiten mit Rechtspersönlichkeit) unterschieden.⁷³ In der schweizerischen Praxis ist auch die Unterscheidung zwischen Verfügungsadressaten im materiellen Sinn und im formellen Sinn geläufig. Verfügungsadressaten im materiellen Sinn sind diejenigen (natürlichen oder juristischen) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Verfügungsadressaten im formellen Sinn sind hingegen diejenigen Personen, deren Interessen zwar berührt werden, ohne aber dass ihre Rechte und Pflichten geordnet würden.⁷⁴ Das Bundesverwaltungsgericht hat im *Publigroupe*-Entscheid die Auffassung vertreten, dass nur die Muttergesellschaft materielle Verfügungsadressatin sei, so dass ihr allein die direkte Sanktion aufzuerlegen sei. Die Tochtergesellschaften seien hingegen als formelle Verfügungsadressaten zu behandeln.⁷⁵

Theorie und Praxis in dieser Frage sind aber nicht einheitlich.⁷⁶ Im europäischen Kartellrecht ist anerkannt, dass die Europäische Kommission die Wahl hat, wen sie in Anspruch nehmen möchte.⁷⁷ Das kann die Muttergesellschaft oder die betreffende Tochtergesellschaft sein, oder aber beide als Solidar-

⁷² Zu den Anforderungen an die Widerlegung der *Stora*-Vermutung s. Skoczylas (oben Fn. 49), S. 73 ff., insbesondere 79 ff. zu den Gesichtspunkten *business link* und *personal link*.

⁷³ Skoczylas (oben Fn. 49), S. 47 ff.

⁷⁴ BVGer – *Publigroupe* (oben Fn. 65), 336 f. Zu den Unschärfen dieser Begrifflichkeit s. Skoczylas (oben Fn. 49), S. 118 ff., die für den Verzicht auf die Bezeichnungen materieller und formeller Verfügungsadressat plädiert. In der Tat ist nicht einzusehen, warum abhängige Konzerngesellschaften nur formelle Verfügungsadressaten sein sollen, wenn auch ihnen die Verpflichtung auferlegt wird, kartellrechtswidriges Verhalten in der Zukunft zu unterlassen, wodurch ja auch ihre Rechte und Pflichten geregelt werden.

⁷⁵ BVGer – *Publigroupe* (oben Fn. 65), 337.

⁷⁶ Nachweis des Streitstands und der (uneinheitlichen) Praxis bei Skoczylas (oben Fn. 49), S. 128 ff.

⁷⁷ Sie muss aber an jede dieser (natürlichen oder) juristischen Personen eine Mitteilung der Beschwerdepunkte richten und darin klarstellen, "in welcher Eigenschaft einer juristischen Person die behaupteten Tatsachen zur Last gelegt werden", EuGH – *Akzo Nobel* (oben Fn. 50), Tz. 57.

schuldner.⁷⁸ Grössere Flexibilität in diesen Fragen erscheint bereits aus praktischen Gründen vorzugswürdig, z.B. wenn eine Konzerngesellschaft mit Sitz im Inland leicht zu belangen ist, die Durchsetzung im Ausland hingegen Probleme bereitet. Die Bebussung mehrerer Konzernunternehmen hat auch den Vorteil, dass bei Aufhebung der Verfügung gegenüber der Muttergesellschaft, z.B. weil nach Auffassung der Gerichte deren bestimmender Einfluss nicht ausreichend nachgewiesen wurde,⁷⁹ kein neues Verfahren durchgeführt werden muss, sondern die Verfügungen gegen die Tochtergesellschaften vollstreckt werden können.

3. Unternehmensvereinigungen

Das europäische Kartellverbot erfasst nicht nur Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, sondern auch "Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen", Art. 101 Abs. 1 AEUV. Diese Tatbestandsvariante verfolgt das Ziel, die Umgehung des Kartellverbots durch wirkungsgleiche Koordination innerhalb von Verbänden zu verhindern.⁸⁰ Im Schweizer Kartellrecht fehlt eine selbständige Erfassung von Unternehmensvereinigungen. Dies schafft Umgehungsmöglichkeiten und hat eine missliche Nebenfolge: Eine Unternehmensvereinigung kann nur sanktioniert werden, wenn sie zugleich als Unternehmen qualifiziert werden kann.⁸¹ Ist dies nicht der Fall, bleibt der Kartellbehörde nur die Möglichkeit, gegen ihre Mitglieder vorzugehen, was bei mitgliederstarken Vereinigungen praktische Probleme verursacht. Die Wettbewerbskommission hat deshalb vorgeschlagen, die Unternehmensvereinigungen ausdrücklich als Normadressat in das Gesetz aufzunehmen.⁸²

4. Individuen

Äusserst umstritten ist die Frage, ob direkte Sanktionen gegen Individuen eingeführt werden sollen.⁸³ Es seien hier die Ergebnisse einer Untersuchung an anderer Stelle zusammengefasst.⁸⁴ Für direkte Managersanktionen spricht die Konsistenz der Straftatbestände (übrigens auch im Hinblick auf das UWG, wo beispielsweise irreführende Werbung nach Art. 23 UWG mit Frei-

⁷⁸ Vgl. EuGH – *General Química* (oben Fn. 58), Tz. 40.

⁷⁹ S. die Fälle oben Fn. 71.

⁸⁰ Emmerich Volker, in Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 1, 5. Aufl., München 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 38, 74.

⁸¹ BSK KG – Tagmann Christoph/Zirlick Beat Art. 49a KG Rn. 99.

⁸² S. SECO, Bericht über die Ergebnisse der konferenziellen Vernehmlassung vom 5. Oktober 2011, Bern 2012, S. 16.

⁸³ S. bereits oben bei Fn. 15 bis 17.

⁸⁴ Heinemann Andreas, Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?, in Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 595 ff.

heitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht wird), das Bedürfnis nach der Bildung wettbewerblicher Werte sowie die zielgenaue Abschreckungswirkung. Gegen die direkten Individualsanktionen werden beschränkte Verfolgungskapazitäten, die Notwendigkeit umfassender Reformen bei Institutionen und Verfahren,⁸⁵ die Gefahr von Interferenzen mit den Unternehmensbussen und rechtsstaatliche Bedenken z.B. im Hinblick auf die Bestimmtheit der kartellrechtlichen Tatbestände ins Feld geführt.⁸⁶ Die Gegenargumente können entkräftet werden. Die Einführung von Individualsanktionen müsste aber durch den entsprechenden Ausbau von Verfolgungs- und Ahndungskapazitäten begleitet werden. Entscheidet man sich für die Einführung strafrechtlicher Individualsanktionen, so sollte der Strafraum nicht nur Geld-, sondern auch Freiheitsstrafe umfassen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass pekuniäre Sanktionen von anderen übernommen werden. Individualsanktionen müssten neben die Verbandssanktionen treten, dürften diese aber nicht ersetzen, da sonst eine Sündenbockstrategie verfolgt werden könnte.

III. Schlussbemerkungen

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Bestimmung der richtigen Adressaten kartellrechtlicher Sanktionen grössere Schwierigkeiten bereitet als auf den ersten Blick zu vermuten ist. Die verhaltenssteuernde Wirkung der Sanktionen hängt entscheidend davon ab, wem gegenüber sie verhängt werden können. Der Praxis ist es im Prinzip gelungen, Klarheit in dieser Frage und damit Rechtssicherheit herzustellen. Es wäre aber zu überlegen, ob die Grundzüge der kartellrechtlichen Verantwortung im Konzern nicht ausdrücklich geregelt werden sollten. Die Schweiz verfügt mit der eingehenden Regelung der Sanktionen und der Bonus-Regelung im Kartellgesetz und in der KG-Sanktionsverordnung über einen Vorsprung im Vergleich zum europäischen Kartellrecht, das viele der einschlägigen Fragen lediglich in internen Leitlinien regelt. Der Präferenz für echtes Aussenrecht würde es entsprechen, konzernbezogene Regeln hinzuzufügen.⁸⁷ Ausserdem sollten die Unternehmensvereinigungen in den Kreis der Normadressaten aufgenommen werden.

⁸⁵ Im Bereich des Kernstrafrechts wären Zuständigkeiten und Verfahren zu ändern. Zu den verschiedenen Optionen s. Heine/Roth (oben Fn. 12), S. 60 ff.

⁸⁶ S. zur Grundlagendiskussion beispielsweise Hubacher Kevin, Die strafrechtliche Verfolgung von natürlichen Personen bei Kartellrechtsvergehen, in: Jusletter 3.9.2012; Wohlers Wolfgang, Individualsanktionen gegen Manager, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich, St. Gallen 2012, S. 209 ff.

⁸⁷ Im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde ein konzernrechtlicher Teilaspekt geregelt. § 81 Abs. 4 S. 3 GWB lautet: "Bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes ist der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren".

Was die Frage der Verantwortlichkeit natürlicher Personen betrifft, so ist festzuhalten, dass bereits das geltende Recht Individualsanktionen kennt, die aber indirekt ausgestaltet sind oder Pflichten im Verwaltungsverfahren absichern. Die Argumente für die Einführung direkter Individualsanktionen sind gewichtig. Allfällige Regeln müssten aber sorgfältig auf das bestehende Sanktionssystem abgestimmt werden, um Rückschläge bei der Durchsetzung des Kartellgesetzes zu verhindern. Ein Kompromiss könnte darin bestehen, dass individuelle Kriminalstrafen zunächst für genau umgrenzte Tatbestände, z.B. Submissionsabsprachen, eingeführt werden. So könnte für einen bestimmten Phänotyp der Kartelldelikte das Nebeneinander direkter Verbands- und Individualsanktionen getestet werden. Die Weiterentwicklung der Sanktionen bedarf höchster Sorgfalt: Mit ungeeigneten Institutionen oder Verfahren kann das Wettbewerbssystem nicht wirksam verteidigt werden.